

DIALOGO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: ESTADO PUNIDO POR CONDUTA QUE INVIABILIZOU UMA ADOÇÃO

VALTER GONÇALVES DE LIMA JR

Mestre em Direito Processual Civil pela PUC Campinas, Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Mackenzie; Pós-graduando em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito, Professor Universitário, Advogado.

INTRODUÇÃO

O estudo tem por objeto um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja análise crítica possibilita identificar como é possível o diálogo entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil para solução de conflito.

Pretende-se, neste trabalho, investigar aspectos positivos e negativos da decisão selecionada, bem como verificar se referido diálogo é hábil para alcançar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, inicia-se este trabalho com a contextualização do tema proposto “Diálogo entre o Direito de Família e a Teoria da Perda de uma Chance: Estado punido por conduta que inviabilizou uma adoção”, no intuito que os conceitos apresentados, sirvam de repertório para análise crítica.

Para tanto, na primeira parte do trabalho, serão abordados aspectos pontuais do Direito de Família, especialmente a adoção e, em seguida, o estudo volta-se para a Teoria da Perda de uma Chance; na segunda parte, há um enfoque especial dos aspectos positivos e negativos da decisão e por fim, a recontextualização conclusiva do tema.

I - CONTEXTUALIZAÇÃO

1.1 – Direito de Família e a adoção

O Direito de Família possui como objeto central a família, razão pela qual impõe-se a busca de seu conceito.

Entre os vários conceitos existentes, destaque para a lição de Paulo Nader:

“... família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanaram no propósito de desenvolver, entre si, a

solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.”¹

A par desta idéia, pode-se acrescentar a contribuição da Psicologia, a qual lança para a reflexão a tese que família é aquele agrupamento de pessoas que mutuamente se escolhem, ante vários fatores, pessoas se identificam e se reúnem. Interessante notar que essa tese defende a idéia que a família tem sua origem na vontade livre, não é algo imposto, como na situação de uma criança que nasce inserida num grupo de pessoas e que não escolheu quem seriam seus pais.

Isso explica a nova concepção da família, várias são as razões que aproximam as pessoas, sendo atualmente mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes, “... disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustenção da família.”²

Assim como, ante a realidade social, o modelo homem e mulher, ligados pelo casamento, não atende mais como sendo o exclusivo para dar origem à família, de fato a união livre; a ligação de amizade; a existência de apenas um dos genitores e sua prole; o solteiro; a convivência de pessoas do mesmo sexo, também são realidades aptas para dar origem à uma família³. Daí, segundo Maria Berenice Dias, a “expressão direito das famílias melhor atende à necessidade de passar-se, cada vez mais, a enlaçar, no âmbito de proteção as famílias, todas as famílias sem discriminação, sem preconceitos.”⁴

A transformação da família também é percebida em outro patamar, etimologicamente, família advém do latim *famulia*, que deriva de *famulus* (escravo), vocábulo originário do osco *famel*, servo, e do sânscrito *vama*, lugar ou habitação, “o termo família não se referia ao casal e seus filhos, ou ao casal e seus parentes, mas ao conjunto de escravos, servos que trabalhavam para a subsistência e de parentes que se achavam sob a autoridade do pater famílias... a noção é fundamental porque revela que, na origem, a noção de família decorre, de um lado, da idéia de subordinação (dos escravos e parentes) e de outro, da idéia do poder e mando.”⁵

¹ Nader, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 5: direito de família – Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 3

² Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias – São Paulo: Ed. RT 2009, pág. 28

³ Para os professores Flávio Tartuce e José Fernando Simão, in *Direito Civil*, v. 5: família – São Paulo: Método, 2006, pág. 42, a saber: “... seguintes formas de entidade familiares: a) Família matrimonial: decorrente do casamento; b) Família informal: decorrente da união estável; c) Família homoafetiva: decorrente da união de pessoas do mesmo sexo; d) Família monoparental: constituída pelo vínculo existente entre um dos genitores com seus filhos, no âmbito de especial proteção do Estado; e) Família anaparental: decorrente “da convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade e propósito”, tendo sido essa expressão criada pelo professor Sérgio Resende de Barros (DIAS, Maria Berenice...); f) Família eudomonista: conceito que é utilizado para identificar a família pelo seu vínculo afetivo, pois, nas palavras de Belmiro Pedro Welter, a família eudomonista “busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação dos seus membros”...”

⁴ Ob. cit. pág. 28

⁵ Leite, Eduardo de Oliveira. Direito Civil aplicado, vol 5: direito de família – São Paulo: Ed. RT, 2005, pág. 23

Recentemente, em virtude de avanços sociais, a Constituição Federal prevê a igualdade entre homens e mulheres e essa isonomia é sentida no interior da família, assim tem-se que o modelo acima descrito está superado, o termo não corresponde mais a origem da palavra, atualmente “... busca-se hoje o asseguramento dos direitos da personalidade de cada integrante da família, pouco importando se ele é o genitor, a genitora, ou algum filho havido ou não havido do casamento”⁶. Em suma, a família torna-se meio para a existência digna, ou parafraseando Maria Berenice Dias, instrumento para a concretização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros.

Feitas estas observações sobre o objeto do Direito de Família, pode-se conceituá-lo, na lição dos professores Flávio Tartuce e José Fernando Simão, como:

*“ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: casamento, união estável, relações de parentesco, filiação, reconhecimento de filhos, alimentos, bem de família, tutela, curatela e guarda. O Direito de Família é constituído, na essência, por normas de ordem pública, relacionadas com o direito pessoal ou existencial. Mas há também normas de ordem privada, de cunho patrimonial.”*⁷

Ao proceder o estudo desse ramo do Direito o pesquisador deve enfocá-lo sob o prisma dos princípios constitucionais que regulam a matéria, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como do ponto de vista do afeto, ante a situação vivida no atual estágio do Direito de Família, pois este “... é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade.”⁸

Nesse passo, o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana⁹, previsto no artigo 1º, inciso III, da CF/88, deve ser interpretado como sendo um valor, logo não se define, contudo, pela sua negação é possível compreender seu conteúdo e alcance, basta lembrar as perseguições religiosas, os genocídios praticados na África e Europa, o período

⁶ Lisboa, Roberto Senise. Manual de direito civil, vol. 5: direito de família e das sucessões – São Paulo: Ed. RT, 2004, pág. 40

⁷ Ob. cit. pág.44

⁸ Tartuce, Flávio e Simão, José Fernando, ob. cit., pág. 21

⁹ Segundo lição de Daniela Vasconcellos Gomes, “Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.” O princípio da dignidade humana e a ponderação de princípios em conflitos bioéticos, pág.87 e 88, Revista de Direito Privado. Ano 6. n. 29. jan/mar/07, Coord. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery

escravista, entre vários outros exemplos de situações que alijaram pessoas de sua condição de pertencentes a raça humana.¹⁰

No tocante ao princípio da afetividade, outra pedra angular do Direito de Família, relaciona-se com a idéia de prover modelos para a criança, com o objetivo de orientar seu desenvolvimento pleno, dotá-lo de capacidade e habilidade para a vida social pacífica e justa.

Inserido nesse contexto reside o instituto da Adoção, o qual pode ser conceituado “... *como forma constitutiva de vínculo que cria entre pessoas estranhas relações inerentes à paternidade e à filiação*”¹¹, contudo, é importante destacar que nos primórdios a adoção não tinha a finalidade de servir de meio para a concretização dos princípios acima descritos.

Inicialmente, a Adoção visava solucionar o problema da falta de um filho varão para manter o culto aos deuses, dessa forma preponderantemente o caráter religioso era mais relevante do que o interesse do adotado; na Idade Média, com o declínio da força religiosa no interior da família, a adoção diminui de importância, sendo utilizada mais com o propósito de transmissão de nome e de patrimônio, portanto, só interessava a nobreza; volta a ganhar relevo com o advento da I Guerra Mundial, agora em prol dos órfãos de guerra; em suma, “*descentrou-se dos interesses e da pessoa do adotante, voltando-se para a proteção da criança adotada.*”¹²

Esta é atual concepção do tema, ou seja, o exclusivo interesse do adotado, logo, para cada questão enfrentada em matéria de Adoção, há de se buscar como resposta possível, aquela que concretiza o princípio do melhor interesse da criança¹³, no sentido de uma efetiva existência digna.¹⁴

¹⁰ Segundo lição de Rizzatto Nunes: “*Não é à toa que a Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra traz, também, estampada no seu artigo de abertura que “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. Foi, claramente, a experiência nazista que gerou a consciência de que se devia preservar, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana.*”. O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – doutrina e jurisprudência – São Paulo: Saraiva: 2002, pág. 48.

¹¹ Silva Filho, Artur Marques da. Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação – São Paulo: Ed. RT, 2009, pág. 16

¹² Silva Filho, Artur Marques da. Ob. cit. pág. 17.

¹³ “*Princípio do maior interesse da criança (art. 227, caput, da CF/88e arts. 1583 e 1584 do CC). Prevê o art. 227, caput, da CF/88 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão... Em reforço, o art. 3º do próprio ECA prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*” Tartuce.... *ibidem*, pág. 35

¹⁴ Na opinião de Artur Marques da Silva Filho acerca do enfoque da adoção ser o adotado, “... *o objetivo fundamental e que deve preponderar, em tema de adoção, é o caráter protetivo e assistencial da medida, de modo a propiciar família substituta a quem foi abandonado.*” (Adoção..., pág. 19)

Tome-se como exemplo a Convenção de Haia, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, que foi criada ante a necessidade de que estas sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais.

A fim de constatar se o ordenamento jurídico brasileiro mantém esse enfoque, necessário superar a questão de qual a fonte legal aplicável à matéria. Isso tudo, pois, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como do Novo Código Civil, tendo em vista que ambas as legislações regulam o tema adoção, surge uma dúvida: qual a lei a ser aplicada ao caso concreto? Deve-se aplicar as duas legislações, com a observância de que as normas especiais do ECA que não foram alteradas pelo Código Civil continuam em vigor, e as inovações trazidas pelo Código Civil sobrepõem-se e portanto compõem o arcabouço jurídico utilizado.¹⁵

Estabelecido esse contexto, no Brasil a Adoção somente será deferida se resultar em benefício ao adotado, demonstrando que o regime jurídico pátrio da adoção está em sintonia com os atuais rumos tomados pelo instituto, o que consta tanto do ECA, quanto do Código Civil.

E mais, a adoção também é vista como recurso que deve ser utilizado depois de esgotadas as oportunidades de convívio da criança com sua família biológica¹⁶. De fato, a preservação desse direito é interpretada como a situação mais benéfica aos interesses do menor.

Em suma, a adoção é mais um meio disponível para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois permite alcançar a figura idealizada da proteção integral¹⁷ à criança e do adolescente, prevista no ordenamento jurídico brasileiro¹⁸.

¹⁵ Na lição dos professores Flávio Tartuce e José Fernando Simão, referido questionamento comporta a seguinte resposta: “... aplicando a tese do diálogo das fontes, que busca a complementaridade entre diversas leis existentes no ordenamento jurídico, entendemos que as normas antes previstas no ECA e que foram incorporadas pelo novo Código Civil de forma diferente, foram revogadas (critério cronológico). Em relação às normas incorporadas de forma semelhantes, permanecem em vigor, podendo ser aplicadas em conjunto com o novo Código Civil, em diálogo de complementaridade. Por fim, quanto às normas não incorporadas, estas continuam em vigor, diante do critério da especialidade. Assim, houve derrogação do ECA (revogação parcial) e não ab-rogação (revogação total) Ibidem, pág. 291/292.

¹⁶ “O Estatuto da Criança e do Adolescente define família natural, em seu art. 25, como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes e, no art. 19, estabelece que toda criança e adolescente tem direito de ser criado e educado no seio da família natural e, excepcionalmente, em família substituta... a família substituta, como o próprio nome diz, substitui a família natural que é aquela na qual a criança ou adolescente tem o direito de, prioritariamente, ser criada, educada e, a princípio, mantida, mesmo que apresentem carências financeiras. Assim, a alternativa da família substituta surgirá somente quando todas as possibilidades de manutenção na família natural estiverem afastadas, ou seja, como asseverou Liberati, quando essa família, por algum motivo, desintegra-se, colocando em risco a situação das crianças e dos adolescentes. A família substituta, assim, suprirá a falta da família natural, evitará que a medida de abrigo em entidade, prevista no art. 101 do ECA, seja aplicada por prazo muito longo, o que prejudica sobremaneira o desenvolvimento psico-social do abrigado, devendo ainda, a família substituta, apresentar os mesmos requisitos da família natural no que tange aos princípios morais.”, Guimarães, Giovane Serra Azul. Adoção, tutela e guarda: conforme o estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil – São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005, pág.11 e 12.

1.2. Responsabilidade Civil e a Teoria da Perda de uma Chance

O presente estudo não se propõe à análise pormenorizada dos elementos da Responsabilidade Civil, busca-se tão somente estabelecer um diálogo entre o Direito de Família e a Teoria da Perda de uma Chance, contudo, mostra-se necessária uma breve incursão no tema responsabilidade, para então aprofundar-se na referida teoria.

A partir do pensamento de Sergio Cavalieri Filho, Responsabilidade Civil tem como um possível conceito a idéia de quem descumpre o dever jurídico primário ou originário (contrato ou norma), faz nascer o dever jurídico secundário ou sucessivo (dever de reparar o dano material e/ou moral causado).¹⁷

A figura da responsabilidade civil exige a presença simultânea dos requisitos: agente causador do dano; vítima e seu prejuízo, compreendendo-se este em material e moral; e por último o nexo de causalidade entre a ação ou omissão praticada pelo agente e o dano experimentado pela vítima.

No tocante ao dano material, este pode ser: dano emergente, o prejuízo que de plano teve a vítima, e o lucro cessante, aquilo que, potencialmente/provavelmente seria incorporado ao patrimônio da vítima, e se não houvesse a conduta do agente não teria sido interrompido referida incorporação.

Em sede de dano moral, pode-se conceituá-lo, em relação a pessoa natural, tudo aquilo que retira da pessoa sua condição de ser humano ou de uma existência digna; caso seja uma pessoa jurídica, tudo aquilo que abala o conceito desta. Embora o assunto comporte outros elementos, estes são os necessários para os objetivos do presente estudo.

Resta ainda analisar a Teoria da Perda de uma Chance, nesse passo, o primeiro desafio para entendimento da teoria é a superação da idéia de que perda de uma chance está enquadrada como lucro cessante, na verdade enquadra-se na figura do dano emergente,

“isto porque, repita-se, ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, consistente na perda da chance de vitória e

¹⁷ “O que significa proteção integral? Quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual irá fazer parte.” Chaves, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente* – São Paulo: LTr, 1994, pág.45.

¹⁸ Para Paulo Afonso Garrido de Paula, “Substancialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a teoria da proteção integral, concebendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, disciplinando as principais relações jurídicas estabelecidas entre crianças e adolescentes, de um lado, e família, sociedade e Estado, de outro.”, in *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada* – São Paulo: Ed. RT, 2002, pág. 47

¹⁹ Conceito análogo ao da Professora Giselda Hironaka: “... a responsabilidade mais do que o dever de identificar o dano, que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão.”, in *Responsabilidade pressuposta* – Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pág.129

*não na perda da vitória, eliminam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexo causal entre o ato danoso do ofensor e o dano.*²⁰

O exemplo usado pela doutrina para ilustrar a assertiva acima é o de um jóquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo dono, o qual não vence o páreo ante o atraso do ginete que não chega a tempo de participar do Grande Prêmio. Importante observar que não há certeza, na hipótese de que o jóquei chegasse a tempo, que o cavalo teria ganho a corrida, contudo,

*“... não obstante reconhecer a inadmissibilidade de indenização de um dano consistente na vitória perdida... não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória antes da ocorrência do fato danoso. Desta forma, diz ser justo afirmar que, em relação à exclusão da possibilidade de vitória, existe um dano jurídico passível de indenização.”*²¹

Frise-se, a vitória é incerta, mas a mera possibilidade de vitória existe, há uma probabilidade matemática para tanto, contudo *“... a chance de vitória terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.”*²²

Finalmente, cumpre destacar que a escolha desse aspecto da responsabilidade civil é uma tentativa de resgatar a idéia de que referido instituto também pode servir como instrumento de realização da cidadania.

II – ANÁLISE DO ACÓRDÃO

Estabelecidas as premissas básicas acerca do Direito de Família e a Teoria da Perda de uma Chance, é possível analisar como ocorre o diálogo entre essas fontes, via estudo de um caso concreto.

Nesse passo, o acórdão selecionado versa sobre o seguinte:

“APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

²⁰ Savi, Sérgio. Responsabilidade civil pela perda de uma chance – São Paulo: Atlas, 2006. pág.11

²¹ Idem, pág. 10

²² Ibidem, pág. 11

ADOÇÃO. CONDUTA DO ESTADO QUE IMPEDIU COM QUE O AUTOR DA AÇÃO FOSSE ADOTADO. DEMORA INJUSTIFICADA NA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO PARA COLOCAÇÃO DO AUTOR EM FAMÍLIA SUBSTITUTA, E AUSÊNCIA DE REMESSA DOS AUTOS AO PRIMEIRO JUIZADO DA VARA DE INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE PORTO ALEGRE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORIAS.

O dano moral deve ser fixado com observância à necessidade de punir o ofensor e evitar que repita seu comportamento, devendo-se, ainda, levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado e a repercussão do dano.”

(fonte: Apelação Cível n. 70023729916, 7ª Câmara Cível, Comarca de Erechim, Rio Grande do Sul)

Conforme se extrai da leitura da ementa, o autor desta ação teve sua adoção inviabilizada ante a desídia do poder público.

O acórdão é exemplar quando faz a análise da seriedade da chance perdida pelo autor de ser adotado. Nesse sentido, confira-se o importante trecho do voto do relator:

“Diante disso, resta patente o modo negligente como agiu o requerido, por intermédio de seus agentes, ao arquivar indevidamente o procedimento de colocação do autor em família substituta, impossibilitando sua adoção. Portanto, resta configurado o ato ilícito cometido pelo requerido.

Destarte, a possibilidade de adoção do autor, hoje com 14 anos de idade, está reduzida a menos da metade, considerando-se o momento em que este poderia ter sido colocado em uma família substituta, isto é, quando contava com pouco mais de 02 anos de idade.

Tal fato é público e notório, e está amparado pelas estatísticas acostadas nas fls. 60/73.

*Por fim, frise-se que o interesse na adoção de André restou sobremaneira prejudicado, uma vez que, quando mais palpável a adoção, isto é, quando criança, **seu processo estava arquivado inadvertidamente, o que caracteriza a perda da chance.** (...)*

Assim, tenho que a quantia de R\$152.000,00, correspondente a 400 salários mínimos, no caso concreto, atingirá, com razoabilidade, os

objetivos da indenização, considerando-se especialmente que o dano moral deve ser fixado com observância à necessidade de punir o ofensor e evitar que repita seu comportamento, devendo-se, ainda, levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado e a repercussão do dano, consoante já salientado.”

2.1 – Aspectos positivos da decisão

Diante da seriedade da chance perdida, o Juiz de primeiro grau julgou procedente a ação, o que foi mantido pelo Tribunal, nesse quadro, destaca-se alguns aspectos positivos presentes na decisão proferida:

. Princípio da dignidade da pessoa humana

O autor foi colocado sob responsabilidade do Estado contando dois anos de idade, momento propício para ser adotado, ou vale dizer, situação com maior probabilidade de ocorrer a adoção, contudo, esta não ocorreu, ante a desídia de alguns servidores públicos. Conforme anteriormente mencionado, a família cumpre um papel muito importante para o desenvolvimento do ser humano, a criança deve ser mantida em sua família natural, não sendo isto possível, deve-se buscar uma família substituta, como o próprio nome diz uma família que substitui a natural, visando uma existência digna, pois na família, em tese, encontram-se o afeto, condições materiais e espirituais para um desenvolvimento sadio, direito fundamental de toda criança.

A adoção é uma das formas de concretizar essa situação ideal almejada pela norma jurídica e ao ser negada esta possibilidade, o juiz vislumbrou a chance que a vítima perdeu.

. Princípio do melhor interesse do menor

Ser levado à adoção é uma saída extrema, contudo se esta via é a que atende o melhor interesse da criança deverá ser realizada, e o Estado tem a obrigação de viabilizar esta alternativa, contudo se a sua conduta for contrária a esse princípio, ou seja, uma adoção que estatisticamente era viável e não ocorre por erro da administração pública, esta deverá ser apenada.

. Princípio da afetividade

Consta do parecer do Promotor de Justiça o reconhecimento de que a conduta do Estado produziu a perda da chance do autor de ter uma família que lhe desse afeto, e como já demonstrado, o afeto é a base para preservação de uma existência digna.

. Princípio da proteção integral da criança e do adolescente

Com o advento do ECA a criança e o adolescente tornaram-se titulares de direitos, dentre eles o da proteção integral, vale dizer, a família, a sociedade e o Estado devem disponibilizar meios, esforços para que a criança e o adolescente possam se desenvolver em um ambiente que lhe propicie condições materiais e afetivas.

O caso analisado, dada a sua importância e o bem jurídico envolvido projetou medidas imediatas no Estado do Rio Grande do Sul no sentido de se evitar a ocorrência de outro, o acórdão menciona que o Conselho Superior do Ministério Público determinasse às Corregedorias do próprio Ministério Público e da Magistratura que fizessem uma pesquisa para encontrar casos idênticos e de plano sanasse o problema.

. Adequada aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance

O acórdão tem o mérito de aplicar adequadamente a teoria da perda de uma chance, o julgador fundamentou sua decisão na idéia de que o autor faz jus a uma indenização ante o fato de que se fosse posto em adoção com a idade de dois anos, a probabilidade de isso acontecer é estatisticamente alta, não está diante de uma mera possibilidade, algo remoto.

Ainda, não foi punido o Estado pela falta de adoção, mas sim pela perda de uma chance de ser adotado, pois se a adoção é incerta, em virtude de características físicas a probabilidade de o autor ser adotado é concreta.

É quantificável a perda do autor, este não teve a possibilidade de convívio familiar, de ser afetado por pais socioafetivos, de viver em um ambiente propício para sua formação, portanto o dano moral apontado na decisão é perfeitamente cabível ao caso concreto, pois ele mantém o caráter pedagógico de inibir futuras ocorrências análogas, ao mesmo tempo em que possibilita ao autor valor considerável para atenuar sua dor, não há que se falar em enriquecimento sem causa.

. Superação da teoria da responsabilidade civil por omissão do Estado ser classificada como subjetiva

Restou configurado no acórdão que o Estado foi omissor, por meio da desídia de seus servidores, contudo a decisão fundou-se na correta aplicação da teoria da responsabilidade

objetiva, ante o argumento que o ato que deu ensejo a tornar inviável a adoção tem caráter administrativo.

2.2 Aspectos negativos da decisão

Como contraponto aos aspectos positivos, são elencados argumentos negativos da decisão proferida.

. Resistência na aplicação da teoria da perda de uma chance

A decisão de primeiro grau funda-se de forma tímida na teoria da perda de uma chance para apenar o Estado que inviabilizou uma adoção, procura na verdade utilizar mais a teoria tradicional, dizendo que a Administração Pública prestadora de serviços está sujeita a Responsabilidade Civil Objetiva, logo, não assiste razão a defesa ao querer demonstrar que caberia ao autor provar a culpa do Estado por meio da responsabilidade civil subjetiva ante sua eventual omissão; ainda, o valor da indenização foi quantificado levando-se em conta se a criança tivesse sido adotada quais seriam seus ganhos, isso representa ainda a idéia de lucros cessantes, contraria a teoria da perda de uma chance, que se pauta na noção de dano emergente.

Na verdade a indenização deveria ser pautada num valor menor, conforme acima descrito, a perda de uma chance não representa a vitória, mas a expressão de probabilidade de êxito.

Em toda a fundamentação encontramos apenas três linhas expondo expressamente o nome perda de uma chance, o que demonstra a resistência em aceitar o seu acontecimento.

E mais, falta ainda em referida fundamentação explorar com profundidade os elementos da Teoria da Perda de uma Chance para seu embasamento, pois conforme visto antes, somente a chance séria e real será indenizável, a mera esperança ou expectativa remota não autorizam a reparação, a doutrina inclusive aponta que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada deve ser superior a cinquenta por cento, nesse sentido só a menção feita no acórdão, da alta probabilidade de uma criança ser adotada na idade de até dois anos, sem a utilização dos dados estatísticos em poder das Varas de Infância e Juventude e/ou Família, fere o princípio da motivação das decisões.

III – Recontextualização conclusiva

Verifica-se que a família está em constante transformação e que atualmente seu papel é servir de meio para a existência digna de seus membros.

O Direito de Família, em sintonia com a mudança ocorrida, pauta a interpretação, criação e execução das normas atinentes ao seu campo de incidência em vários princípios, destacando-se: dignidade da pessoa humana e afetividade.

Em matéria de adoção, além dos princípios acima referidos, são tratados como basilares: proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Constata-se a importância da adoção para solucionar situações em que a criança ou adolescente não encontram afeto, vida digna em sua família biológica, logo, é dever estatal viabilizar a efetivação do instituto comentado.

Dentro desse cenário, destaca-se um acórdão (Apelação Cível n. 70023729916, Sétima Câmara Cível da Comarca de Erechim, Rio Grande do Sul) que condenou o Estado ao pagamento de uma indenização por danos morais ante conduta omissiva, consubstanciada na demora injustificada na instauração de procedimento para colocação de criança em família substituta, o que determinou a perda de uma chance de ser adotado.

Da análise da decisão averigua-se que a criança, no momento em que foi colocado sob custódia do Estado, contava com dois anos de idade, situação de alta probabilidade de ser adotada conforme estatística oficial, contudo, o processo judicial ficou paralisado por mais de oito anos sem justificativa, quando foi percebido o equívoco o jovem já contava com quatorze anos, idade em que raramente se efetiva uma adoção, e, por conseguinte, a chance desta viver inserido em uma família que proporcionasse afeto, dignidade, condições econômicas satisfatórias para estudar, enfim para um desenvolvimento sadio.

Assim, embora o Direito de Família seja dotado de princípios e institutos que visam preservar a vida digna e a proteção integral da criança e do adolescente, eventualmente fatores alheios impedem a sua eficácia, daí a importância de se buscar em outro ramo do Direito a solução do problema, o chamado diálogo das fontes.

Frise-se que a pessoa não foi colocada em família substituta ante conduta do Estado que inviabilizou a adoção, com isso surge o problema, esta adoção teria realmente se realizado caso a criança tivesse seu processo com trâmite normal? É possível apenas o Estado diante desse quadro?

Embora não seja possível determinar se a adoção ocorreria na hipótese de trâmite normal do processo, o que existe de concreto são as chances matemáticas de ser adotado, e mais, é inegável que a vida em um abrigo, por mais que este seja aparelhado, não se iguala a vida familiar e, quem não é adotado tem a perda de uma chance de ter uma família.

O que se almeja não é punir pela perda da adoção, mas sim a perda da chance de ser adotado, nesse caso, se a conduta do Estado é o fator determinante para que a adoção não ocorra, deverá ser apenado, com base na Teoria da Perda de uma Chance.

Importante ressaltar que a indenização não deverá buscar a reparação integral, pois a hipótese se transformaria em lucro cessante, baseada na certeza de que o evento iria acontecer, o que não existe, mas sim um valor intermediário, razoável, e que tenha um caráter pedagógico para evitar futuras situações análogas.

Também, somente será possível indenizar a chance perdida quando estivermos diante de uma probabilidade alta de conseguir a vantagem, vale dizer, tem que ser séria, não uma mera conjectura.

A Responsabilidade Civil transforma-se em meio para resgatar os princípios do Direito de Família, por conseguinte, deixa de ser instrumento de cunho meramente patrimonial e passa a permitir o exercício da cidadania.

Conclui-se pela importância do diálogo das fontes para solucionar questão tão tormentosa, porém, como há probabilidade de outros casos acontecerem, no intuito de aprimorar o sistema, é feita a seguinte sugestão para um enunciado da matéria:

“Na hipótese em que os princípios do Direito de Família, notadamente, o princípio da dignidade humana e o princípio da afetividade, forem lesados, o agente causador do ilícito deverá ser responsabilizado, inclusive com base na Teoria da Perda de uma Chance.”

Este estudo chega ao final, sem a pretensão de ter cumprido seu desiderato, mas imbuído do mesmo propósito que animou o autor a iniciá-lo: contribuir para a construção de um mundo melhor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Jones Figueiredo e DELGADO, Mário Luiz. Código Civil anotado – inovações comentadas: artigo por artigo - São Paulo: Ed. Método, 2005.
- BARROS, Fernanda Otoni de. Do direito ao pai – Belo Horizonte: Del Rey, 2001 – v.2 (Coleção Escritos em Psicanálise e Direito)
- BRANCO, Bernardo Castelo. Dano Moral no Direito de Família – São Paulo: Ed. Método, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil – São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.
- CHAVES, Antônio. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente – São Paulo: LTr, 1994.
- CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, vol. 18 – São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias – 5 ed. – São Paulo: Ed. RT, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: direito de família – 24 ed. – São Paulo, 2009.
- _____. Código Civil Anotado – 14 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlo Roberto. Direito Civil brasileiro, vol. VI: direito de família – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. Responsabilidade Civil – 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.
- GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. Adoção, tutela e guarda: conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil – 3 ed. – São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta – Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito civil aplicado, vol. 5: direito de família – São Paulo: Ed. RT, 2005.
- LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, vol. 5: direito de família e das sucessões – São Paulo: Ed. RT, 2004.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 5: direito de família – Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo código civil e legislação extravagante anotados – São Paulo: Ed. RT, 2002.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência – São Paulo: Saraiva, 2002

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada – São Paulo: Ed. RT, 2002.

Savi, Sérgio. Responsabilidade civil pela perda de uma chance – São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro – São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação – 2d. – São Paulo: Ed. RT, 2009.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, v. 5. família – São Paulo: Ed. Método, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família – 9 ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Cláudia Stein; BARBOSA, Águida Arruda (coord.) – Direito de Família – São Paulo: Ed. RT, 2008 – (Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka)